Ae hypotheca cinvue



36

POR

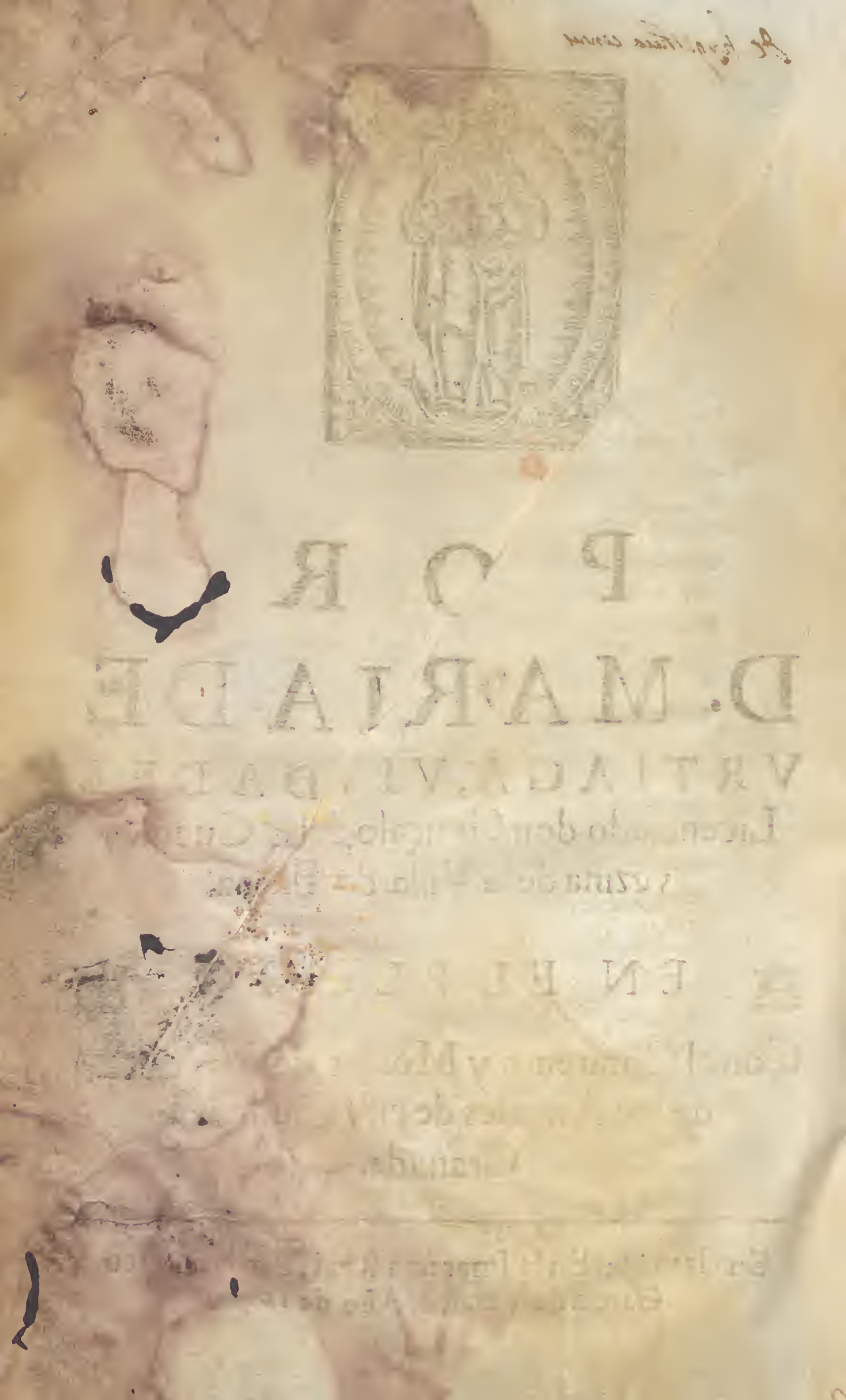
D. MARIA DE VRTIAGA, VIVDA DEL

Licenciado don Gonçalo de las Cueuas, vezina de la Villa de Estepa.

EN EL PLEYTO

Con el Conuento y Monjas de N. Señora de los Angeles de esta Ciudad de Granada.

En Granada. En la Imprenta Real, Por Francisco Garcia de Velasco. Año de 1646.





A PARECIDO a esta parte no dexar por satisfazer a cosa alguna de las q̃ se oponen por parte del Conuento, si biẽ hallandose como se halla en terminos de via executiua, y con tãtas dificultades la otra parte, esto bastaua para obtener esta, pues casi todo lo que toca al hecho lo trata de sacar por conjecturas; que en semejantes no se admite para efeto del remate q̃ se pretende.

Desde el numero primero de la alegacion cõtraria, hasta el num. 17. se propone el hecho, y refieren las clausulas de las tierras, que llaman de Mata redonda, y seys arançadas de viña en el partido del Agua dulce, aunque se omiten algunas cosas de la defensa desta parte, a que se responderà en su lugar.

Desde el num. 17. hasta el num. 22. de la alegacion contraria, trata de fundar, que las tierras de Mata redonda son las mismas hipotecadas al censo, y que las possee doña Mariana de Artiaga: esto lo trata de fundar por conjecturas, que saca de la escritura de censo, y por el nombre, la qual no basta en la via executiua. Si bien lo que mas dificultad haze es dezir, que estas tierras las possee oy doña Maria de Artiaga, porque esto no lo prueua, porque solo dize, que don Gonçalo de las Cueuas fue instituydo por heredero de doña Mencia de las Cueuas, y que estas tierras quedaron por su fin y muerte; y assi entrarian en el Licencido don Gonçalo de las Cueuas, y despues de su muerte en doña Maria de Artiaga su muger.

A lo qual se satisfaze, que el instrumento en q̃ està instituydo por heredero don Gõçalo, no prueua que el acetasse, ni lo fuesse, porque la adicion de

de la herencia no se presume, Bald. cons. 224. lib. 2. Decio, consil. 442. n. 17. Vincen. de Fran. decis. 60. num. 10. Menoch. de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 99. num. 2.

Lo qual procede aunque vno sea hijo, que no se presume auer acetado la herencia si no se prueua, l. 1. vbi glos. C. si ab hæredit. se abstin. l. 1. C. de iure liber. Bart. in l. si cum dotem, §. transgrediamur, ff. solut. matrim. & pluribus relatis Menoch. vbi proximè, n. 4.

La razon es, que la acetacion de la herencia es quid facti, y no se presume, l. in bello, §. facti, ff. de captiu. & post lim. reber. l. pro hærede, ff. de acquirend. hæreditat. cũ alijs adductis à Menoch. vbi proximè, n. 3.

Y aunque huuiera acetado la herencia, no por esso se prouaua que posseia esta heredad, por la l. cum heredes, ff. de acquirend. hæreditat. l. qui vniuersos, §. quod per Colonum, l. Pomponius, §. quæsitum, ff. eodem tit. cum alijs. La razon es la que queda dicha, porque consiste en hecho la possession no se presume, l. 1. §. adipicimur, ff. de acquirend. posses. l. bonę fidei 48. §. in contrario, ff. de acquir rer. domin.

Y con lo que de todo punto cessa la dificultad, es, con que consta que doña Mencia nombrò en las tierras de Mata redonda por el vltimo testamento con que murio a doña Ana de las Cueuas por sucessora en ellas, como bienes vinculados, como parece de su testamento, y clausulas de el, que està a fol. 40. ibi *Y en la dicha haza de veynte y seys fanegas, que dizen de Mencia, en el partido de Mata redonda, que me dexò doña Iuana de las Cueuas mi madre, declaro, y quiero que suceda en ellas la dicha doña Ana de las Cueuas mi tia, hermana de la dicha mi madre, &c.* Y antes auia dicho, que estas tierras eran vinculadas, como consta del testamento de Benito Delgado su hermano.

Y despues desto parece, que por muerte de doña Mencia la dicha doña Ana de las Cueuas en el

año

año passado de 1634. con informacion que dio de su muerte, y testigos que dizen que eran bienes q̃ se auian posseydo por vinculados. Pidio amparo de possession ante la justicia de la villa de Estepa, y se le mandò dar, y dio con efecto de las dichas tierras de Mata redonda, como parece de los autos presentados en este pleyto, desde fojas 145. hasta 149. Y assi no se puede dezir que entraron estas tierras en poder de don Gonçalo, como heredero de doña Mẽcia: y aunque el dicho don Gõçalo fue heredero de su Madre, se continuò en el por este titulo la possession de vinculo que su madre auia tomado, ex .45. Taur. cum ibi à Doctoribus, & passim adductis.

Y doña Maria de Artiaga su muger, y vsufrutuaria de sus bienes, declara que no possee esta haza de Mata redonda, a fojas 155. en la citacion de remate que se le haze, y con esto no ay que respõder a la alegacion contraria, desde el num. 22. hasta el num. 29. mas de lo que queda dicho, porque el supuesto que haze no es cierto, diziendo, que don Gonçalo de las Cueuas huuo estas tierras, como heredero de doña Mencia, y ella como vsufrutuaria de todos sus bienes; y que assi ha de passar la via executiua contra el heredero del heredero.

Demas de lo qual se deue atender a lo q̃ queda dicho en nuestra primera alegacion, desde el fol. 4. vers. *Lo tercero*, hasta el fin del fol. 5. acerca de que se auia de seguir el pleyto con el propietario, ex doctrina Bartoli, in l. sæpè, num. 6. ff. de re iudicat. Alex. n. 106. & alijs ibi relatis.

Contra lo qual no obstan los textos y Autores que refiere el Abogado contrario en su alegaciõ, num. 25. porque son en diferentes terminos de el vsufructuario, pues la l. 1. in princip. & in §. fin. & l. nam quod, §. vltim, cum lege sequenti, ff. ad Senatum Consultum Trebel. hablan en el fideicõmissario, como parece de sus palabras, in l. 1. §. quanquam, ibi: *Quanquam Senatus subuentum voluerit*

rit hæredibus, subuenit tamen, & fideicommissario, nam in eo quod hæredes si conueniantur, exceptione vti possunt hæredibus subuentum est, in eo verò quod si agant hæredes repelluntur per exceptionẽ quoque agendi facultas fideicommissarijs competit procul dubio consultum est fideicommissarijs. Y en la misma forma hablan los demas textos.

Y Parlador. in cap. fin. 4. part. §. 2. num. 1. & 2. habla en los mismos terminos de fideicomissario vniuersal, o legatario omnium bonorum, que son propietarios, & heredis loco habentur, vt patet ibi: *Generaliter dari, dicendum est aduersus omnes qui hæredis loco habentur, vt puta aduersus fideicommissariũ vniuersalem, vt in l. 1. §. 2. ff. ad Trebel. ac contra legatarium omnium bonorum, l. nam quod, §. vltimo, cum l. sequent. ff. eodem tit.* Y en los mismos terminos hablan Spino, in speculo testament. glos. 8. princip. num. 22. & 23. y el Autor de la Curia Philipica, in . part. juyzio executiuo, §. 9. num. 6. ex seqq. & Rodriguez, de executionibus, cap. 4. num. 23. in fine.

La razon es, porque son propietarios, y el fideicomissario tiene el primer lugar en la defensa, ex l. 1. §. denuntiari, ff. de ventre inspiciendo, ibi: *Denuntiari oportet ijs, quos proxima spes successionis contingit.* Et ibi: *Hæredi instituto, non etiam substituto.* Pinel. in 3. part. l. 1. C. de bonis matern. num. 48. in fin. Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. nu. 4. Acac. de Ripol. variar. cap. 3. num. 41. & sequentibus, Dom. D. Ioan. del Castillo, cap. 157. n. 11. Y assi la sentencia dada con el fideicomissario obsta a sus sucessores, vt constat ex latè traditis per Arias Pinellum, in dict. 3. part. l. 1. C. de bonis matern. num. 49. & ex latè traditis per Dom. D. Ioan. del Castillo, tom. 6. dict. cap. 137. num. 11. & sequentib. maximè num. 34. 35. & 37. Demanera, que es cierto que con doña Maria de Artiaga, como vsufrutuaria de los bienes de su marido, no se puede seguir la via executiua, y remate de bienes, porque se trata de priuar de el dominio al

pro-

propietario, como se dize en la primera alegacion.

Desde el num. 30. hasta el fin del 33. se trata de fundar en la alegacion contraria, que ya que no aya lugar la via executiua, ha de auer la ordinaria, reconociendo en esta parte lo que queda dicho, mas satisfazese con facilidad.

Lo vno, que no està sustanciado este pleyto legitimamente en via ordinaria: y asi no puede determinarse en ella, porque solo se propuso en grado de apelacion, y dio traslado al procurador de doña Maria de Artiaga, y se le acusò rebeldia, sin que respondiesse nada, ni se citasse a doña Maria de Artiaga como deuia hazerse, por ser nueuo pedimiento, pues no solo lo es quando se propone vna demanda ordinaria, como aqui se hizo, si no q̃ basta solo mudarse el libelo en cosa substancial, quia tunc dicitur nouus libellus, & à priore diuersus, Iason, in l. ius ciuile, num. 1. & sequent. ff. de iust. & iur. & in l. ædita, C. de ædendo, num. 21. vbi DD. Paz, in praxi, 1. tom. part. 7. cap. vnico, num. 119. Y la primera citacion de qualquier nueuo pedimiento, non potest incipere à procuratore, l. eum qui, C. de procuratoribus, vbi communiter Doctores, glos. vbi Canonistæ, in cap. causam, de dolo & contum. & DD. in cap. fin. de eo qui mittitur in possessione, Melch. Phebo, decis. Lusitan. 4. num. 1. & sequentib. donde trae ordenança que ay sobre ello en el Reyno de Portugal, que viene a ser conforme al derecho comũ, Iacob. Cancer. lib. 1. variar. cap. 14. tit. de procuratorib. num. 117. Y asi sin citacion de doña Maria de Artiaga, no se puede tratar de el juyzio ordinario.

Lo otro, porque el juyzio ordinario y executiuo, no se pueden cumular, por ser diuersos, y no se compadecen juntos, ex traditis per Ferrar. in praxi in forma libelli in actione reali, clausula saluo iure, num. 10. Iason, & DD. in l. nulli, C. de iudicijs, Parlador. rerum quotidianar. cap. fin. §. P.

§. 11. num. 11. Riccius, in collect. decis. 935. in fi. & in collect. 636. vers. Secundo, Andræas Gail, lib. 1. obseru. 63. Los quales generalmente constituyen por regla, que todas las vezes que las acciones son contrarias en el exercicio, no se pueden cumular. Lo primero, porque la via executiua y ordinaria vienen a ser contrarias en el exercicio; porque la via executiua tiene la execucion primero, y el conocimiento despues; y al contrario la ordinaria, el conocimiento primero, y la execucion despues, vt aduertit Paul. de Castro, & passim DD.

Lo segundo, porque la via executiua es formal en el modo de proceder, porque se ha de hazer la execucion sin dar traslado a la parte, ni citarle, l. 19. tit. 21. lib. 4. Recopilation. Y al contrario la via ordinaria se ha de començar por citacion, dando traslado a la parte.

Lo tercero, porque en la via executiua se dan diez dias para prouar las excepciones, y en la ordinaria se ha de recibir a prueua en la primera instancia ordinariamente, y seria nulidad notoria no hazerlo, por ser de sustancia de este juyzio, glos. in cap. in summa 2. quæst. 1. l. prolatam, C. de sentent. & interlocut. omnium iudicum, & in l. 2. tit. 15. part. 3. ibi: *Deuen los juzgados dar plaço, &c.* Et in terminis tradit Auendaño, respons. 1. num. 7. De manera, que no se puede juntamente tratar de la via executiua y ordinaria, por ser contrarias en el exercicio.

Desde el num. 54. hasta el 78 con que se acaba la informacion contraria, se trata de fundar, q̃ las tierras que llaman del Agua dulce estan comprehendidas en la hipoteca general del censo sobre que es este pleyto, y se puede hazer remate en ellas, y lo mismo en las tierras de Mata redonda, por estar especialmente hipotecadas, y no sugetas a vinculo, ni fideicomisso. Y antes de entrar en la respuesta se afirma por llano por nuestra parte, que en las tierras del cortijo de Gallo, aunque

son

ſon de las hipotecadas en la eſcritura de cenſo,no ſe dize nada en la informacion en derecho dellas, reconociendo la buena fee,y que tiene clauſula de no poderſe enagenar, y que no pudieron hipotecarſe,como ſe funda en nueſtra primera alegaciõ, fol.6. y 7 cõ Menochio,y Mieres,y otros,y aora ſe añade Auendaño, de cenſib.cap.76.num. 3. y tiene tales clauſulas y condiciones, que no recibe dificultad en eſta parte.

Tambien ay vna huerta en el partido de Aguadulce,que no ſe trata della, ni ſe pide,ni puede pedir,porque nunca fue de doña Mencia, porque ſu hermano Benito de las Cueuas la mandò a doña Ana de las Cueuas,madre de don Gonçalo de las Cueuas,y deſpues ſucedio en ella el dicho ſu hijo, y oy la poſſee la obra pia que fundò , con que nunca entraron, ni pudieron entrar en poder de doña Mencia obligada a eſte cenſo , y aſsi por la general ni eſpecial pudieron quedar hipotecadas : demas de que para en caſo que no ſucedieſſe doña Ana de las Cueuas,ni ſus deſcendientes,quiſo Benito de las Cueuas por ſu teſtamento que quedaſſe fundada vna obra pia por via de vinculo y vſando deſtas palabras,*por via de vinculo*,por ſi ſolas ſon baſtantes para induzirle: vt tradit Mieres,de maiorat.in initio primę part.num.4. Angulo,de meliorat.in l.11.gloſſ.5.num.2. Azeued.in Rubric. tit.7.lib.5. Recopilat.num.6.in fin. D. D. Ioan. del Caſtillo,lib.2.cõtrouerſ.cap.22.num.42 ibi: *Extenditur caſus prædictus, de quo ſupra ex num. 39. vt procedat non ſolum ſi maioratus mentio fiat , ſed etiam ſi vinculi mentio facta ſit, vt idem ius obſeruari debeat,&c.* Y aſsi en lo que toca a eſta huerta y tierras del cortijo del Gallo,no queda,ni ay duda,y ſe ha tratado dellas en eſte papel : porque aunque no las piden las partes,ni inſiſten en ellas,el Relator las propuſo en ſu relacion,y tiene annotadas las clauſulas.

En quanto a las tierras de Matarredonda,y heredad de ſeys alançadas de viña del Aguadulce,en que ſe haze por el Abogado contrario tanto eſ-

 fuerço,

fuerço, se satisfaze en quanto a las tierras de Matarredonda con lo que està dicho en nuestra primera alegacion, fol. 7. vers. *En quanto a las tierras de Matarredonda*, hasta el fin de la alegacion.

Y porque se insiste tanto en estas tierras de Matarredonda, ha parecido repetir y poner la clausula a la letra, para discurrir por algunas de sus palabras, aunque no hallo dificultad en ellas, y dizen assi.

La qual dicha haza de tierra con el dicho cargo mando que la aya y tenga Mencia Martin mi hija, y del dicho mi marido, y despues de sus dias suceda con el dicho cargo en sus hijos, herederos, y successores, el que ella señalare por su testamento.

Las palabras desta clausula, demas de lo que està dicho sobre ellas, sacan de toda duda, porque no quiso la testadora que pudiesse doña Mẽcia disponer dellas en su vida, sino solo que las tuuiesse y gozasse mientras viuiesse, y despues de su vida sucediesse en sus hijos, o herederos, el que ella nõbrasse, lo qual denotan las palabras, *las aya y tenga*, porque miran solo a la tenencia y vsufruto de los bienes, y no a la propriedad dellos: vt est text. in l. stipulatio ista 38. §. habere, ff. de verbor. obligat. ibi: *Habere dupliciter accipitur, nam & eum habere dicimus, qui rei dominus est, & eum qui dominus quidem non est, sed tenet denique habere rem, apud nos depositam solemus dicere*: l. habere duobus modis, ff. de verbor. significat. porque aunque en estos textos se puede entender de dos maneras la palabra, *habere*, o que signifique la propriedad, o solamente la possessiõ: vt tradunt Rebuffus, in commentarijs, in l. apud se 143. vers. *Quis dicitur habere*, ff. de verbor. significat. Decianus, cons. 108. num. 32. lib. 3. quando se junta como aqui se hizo vna palabra como es, *teneat*, no puede significar propriedad, como lo expressa el dict. §. habere, en aquellas palabras, *& eum qui dominus quidem non est, sed tenet*: porque la palabra vniuersal, *ratione verbi adiuncti*, muda su naturaleza de tal manera, que no cõprehende aque-

llo

llo que si estuuiera sola comprehendiera: vt tradunt Paulus de Castro, in l. Gallus, §. etiam si parente, ff. de liber. & posthum. & ibi Iason, num. 12. Menochius, cõs. 97. num. 125. lib. 1. & cons 289. num. 37. lib. 3. Afflictis, decis. 3. num. 4. Farinac. cons. 95. num. 6. donde en proprios terminos de la palabra, *habere*, dize refiriendo a Baldo, y Hondedeo, que junta con la palabra, *possidere*, denotat tãtum ciuilem possessionem, vt patet, ibi: *Hinc verbum, habere, quod aliàs de propria significatione importat dominium, iunctum cum verbo, possidere, denotat tantum ciuilem possessionem. Baldus, in l. si in emptione, §. omnium, ff. de contrahend. emption. & ex multis Honded. cõs. 69. num. 1. iunct. num. 36. &c.* Y supuesto que aqui se junta con la palabra, *teneat*, que es diferente de la palabra, *possidere*: vt est textus in l. 18. ff. de acceptilationib. in fin. & tenere dicatur, qui corpore possessioni insistit, licèt non possideat, l. officium in fin. ff. de reiuindicat. imò in quos ius possidendi non cadit, quales sunt serui tenere dicantur: vt in dict. l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque stipulatio, ff. de verbor. obligation. l. 49. §. 1. ff. de adquirenda possession. l. 4. §. si eam rem, ff. de vsucapionibus, se ha de dezir, que diziendo la dicha clausula las palabras, *aya y tenga las dichas tierras*, fue para que se entendiesse que en doña Mencia no auia derecho de propriedad para poder disponer dellas en su vida.

Ad quod faciunt verba clausulę sequentia, ibi: *Y despues de sus dias suceda con el dicho cargo en sus hijos y herederos, &c.* En cuyas palabras quiso dar a entẽder la testadora que auia de elegir a vno de sus hijos y herederos para despues de su muerte, y en estos terminos la eleccion viene a ser inualida, hecha antes, l. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2. & ibi Bart. Paul. Bald. Immola, & communiter Doctores Molina, de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 23. & 24. Aluar. Valasc. consultat. 61. & consultat. 122. Anton. Gomez, in l. 40 Tauri, num. 49. & 50. Flores de Mena, variarum, lib. 3. quæst. 22. num. 16. Dom. D. Ioan. del Castilio, tom. 5. cap. 80. nu. 10.

addentes

addentes ad Molin. in dict. cap. 4. num. 23. vbi plures referunt. Y si en terminos de eleccion (como son los de este pleyto) la hecha en vida no tiene efeto alguno, como podrà dezirse que doña Mencia pudo por contrato de cēso hipotecar estas tierras en su vida? deuiēdo quedar libres para despues de su muerte a vno de sus hijos y herederos, el que ella eligiesse, pues ni tuuo mas mientras viuio (como queda fundado) que el tenerlas y gozarlas para el dicho efeto, y asi en su testamento vltimo cō que muriò hizo la eleccion, declarando, que no auia podido hipotecarlas al cēso: y cō razon, pues mediante la hipoteca se pudiera seguir la enagenacion: l. magis puto, §. si pupillus, ff. de rebus eorū, l. penultima, §. quamquam, C. eod. tit l. si ad resoluendam, C. de prædijs minor. Menoch. de arbitrar. cas. 171. num 30. Mieres, de maioratibus, 4. part. quæst. 1. num. 78. y no cumpliera la voluntad de la testadora, y se puede dezir que en este caso ay mas fuerte razon para que no pudiesse hipotecar estas tierras doña Mencia, porque ella no tuuo disposicion mas de para elegir vno de sus hijos y herederos, y en estos terminos no podia grauar a el que eligiesse: l. vnum ex familia, §. *sed si fun lū*, ff. de legat. 2. vbi DD. & pluribus relatis Mier. de maiorat. 1. part quæst. 71. num. 6. y menos podria hipotecar las tierras, y solo la testadora dixo, que las tuuiesse en su vida, y despues de su muerte sucediesse en ellas la persona, o heredero que eligiesse: de forma, que mas las reciben de mano de la testadora, que no de la dicha doña Mencia, por la palabra, *sucedan*, que refiere, la qual denota sucession legitima, y substitucion en los hijos y herederos, especialmente en el que eligiesse doña Mencia: ad quod est text. in argum. in l. si arrogator, ff. de adoption. *quia hoc non iudicio eius, ad eum peruenit*: vbi notat Ias. num. 34. Paris. lib. 2. cap. 4. num. 10 l. si seruo, ff. de hæred. instit. l. planè, §. vltim. ff. de legat. 1. Mieres, vbi proximè num. 6. & 7. & sequent. l. 1. §. non solum, el primero, ff. vt legat. seu

fidei-

fideicomiss. nomin. cabeatur, ibi: *Quamuis isti, non ex iudicio defuncti, sed successionis necessitate, quasi ad æs alienum amittuntur*, l. sed & sic, ff. de legat. 3. ibi: *Quoniam fortuito non iudicio testatoris consequitur hæreditatem*, l. cum quis, §. nam & si quis, ff. de dote prælegat. l. debitor, §. fin. ff. ad Trebel. Y quien elige no dà de su mano, ni puede grauar, ni hipotecar, porque no lo recibe por su juyzio, si no de el primer testador. Y la significacion desta palabra *sucedan sus hijos y herederos*, la declara el señor don Iuan del Castillo, tom. 6. cap. 141. num. 1. vsque ad 10. & diximus in prima allegatione, fol. 7. vers. Las conjecturas, ex Fussario, de substitution. q. 379. num. 1 cum sequentibus.

Tambien se esfuerça lo que queda dicho con las palabras siguientes de la dicha clausula, ibi: *el que ella señalare por su testamento*, porque con ellas se declara expressamente que no quiso la testadora que las obligasse, ni hipotecasse, ni dispusiesse dellas por contrato; y assi es impossible que pudiesse hipotecarlas, pues aũ en este caso de no disponer por testamento, quiso que sucediesse Benito Delgado otro su hijo, y que si el no dispusiesse por su testamento, viniesse a vno de los hermanos de la testadora, *prefiriendo siempre el mayor al menor*, con lo qual, o se ha de confessar que qualquier disposicion por contrato, o enagenacion fue inualida, y que ha de passar al siguiente llamado, por no auer cumplido la condicion que puso la testadora, o que no pudo doña Mencia de las Cueuas enagenar estas tierras, ni hipotecarlas, si no q̃ quedassen conforme al testamento que hizo en la persona que nombrò para que sucediesse en ellas.

Y es fuera del caso deste pleyto tratar si estas substituciones son vulgares, o fideicomissarias, pues su llamamiento fue con calidad de que auiã de suceder sus hijos, o herederos, el q̃ eligiesse: y de qualquiera manera que sea no pudo doña Mencia hipotecar las tierras en perjuyzio de los sustitutos, y contrauiniendo a la voluntad de la testa-

dora, que solo le dio la tenencia, y vsufructo destos bienes. Y assi parece, que en quanto a estas tierras no tiene dificultad nuestra pretension.

En quanto a las seys arãçadas de viña en Agua dulce, termino de la villa de Estepa, que dize la otra parte en el num. 32. de su alegacion, que por auer sido de D. Mencia se puede cobrar de ellas, omissis hyppothecis specialibus, & sine escusione. Se responde. Lo vno, que no està prouado bastantemente que estas tierras fuessen de D. Mencia, imponedora del censo, porque aunque ella lo declara en su primer testamento, no es prouança bastante. Lo otro, que passaron desde el testamẽto hasta su muerte mas de quatro años, como parece por el vltimo que hizo, y aunque huuiessen sido suyas pudo enagenarlas en este medio tiempo, & non probat hoc esse, quod ab hoc contingit a esse, l. neque natales, C. de probationib. cum alijs.

Y el que trata de cobrar de la hipoteca general, tiene obligacion de prouar que al tiempo del contrato, o despues tenia el dominio el que la hipotecò, glos. in §. illud, in Auth. de triente & semisse, & ex alijs tradit Marcus Antonius Peregrino, decis. 18. nu. 5. adonde dize, que o se trata de prouar la hipoteca cõtra el principal deudor, y entonces bastarà prouar la possession que tenia con buena fee, vt in l. cum res, C. si aliena res pig. data sit: ò se trata de prouar contra el tercero posseedor, y entonces es necessario prouar possessiõ en el deudor con titulo, ex doctrina Dini, in §. itẽ Seruiana, de actionib.

Bartulo en la ley rem alienam, ff. de pignorat. action. & in dict. l. cum res, C. si alien. res pign. dat. sit, distingue tres casos. El primero es quando trata de cobrar el principal deudor, y entonces basta prouar la possession que tenia de la hipoteca, juntando a esto el alegar siempre que era dueño della, porque si no no obtendria, vt aduertit ipse Bartolus, in dict. l. rem alienam, Alexand.

in

in conſ. 137. in cauſa & lite, num. 1. volum. 2. Peregrin. d. deciſ. 48. n. 6.

El ſegundo caſo es quando ſe trata de la hipotecaria contra tercero poſſeedor, que tiene cauſa del deudor principal, y en eſte caſo ſe ha de diſtinguir el tercero poſſeedor, que por cauſa lucratiua la tiene del deudor, del que la tiene por cauſa onerosa, porque en el primer caſo baſta prouar la poſſeſsion del deudor con buena fee. En el ſegundo es neceſſario que prueue poſſeſsion, y titulo del deudor, ſic tradit Alexander, conſ. 115 volum. 7. ſi bien Bartulo, in dict. l. rem alienam, ff. de pignoratit. action. indiſtintamente tiene que ſea neceſſario prouar la poſſeſsion, y titulo del deudor principal; y eſta opinion ſigue Peregrin. in dict. deciſ. 48. numer. 7. in fine, ex traditis per Iaſonem, in §. item Seruiana, Inſt. de action.

El tercer caſo es, quando ſe intenta la accion hipotecaria contra el tercero, que no tiene cauſa del principal deudor: en eſtos terminos concluye Peregrino con Bartulo, que es neceſſario prouar el dominio, in dict. deciſ. 48. num. 8. vbi latiſsimè, lugar digno de verſe. Y en eſte caſo nada ay prouado por la otra parte en razon de eſtas tierras.

Tambien ſe niega la identidad dellas, con que tenia obligacion de prouar la otra parte, que eran las miſmas que pretende fueron de doña Mencia de las Cueuas, Baldus, in tractatu de teſtib. verſ. *Hanc eandem rem*, Alexand. in cap. auditis, de præſcriptionib. Alex. conſ. 33. vol. 2. & conſ. 20. in fin. volum. 6. Marcus Antonius Peregrinus, dict. cõcluſ. 48. num. 13. y no ay prouança ſobre la identidad, ſolo trata la otra parte de prouarla por cõjecturas, que en la via executiua no ſe admite, porque ha de ſer la via executiua clara y liquida, vt inferius probauimus. Tambien auia de prouar quiẽ tiene oy la poſſeſsion deſtas tierras, y no lo haze, ni conſta del proceſſo, l. ſi cum venditor, ff. de euictionib. §. ſed neque, in Authent. de fideiuſſorib.

Alex.

Alex. conſ. 137. vol. 2. Peregrin. dict. deciſ. 48. num. 14. ibi: *His adde, quod agens hypphotecaria principaliter probare debet de poſſeſsione rei conuentæ: aliàs contra eum non poteſt exercere hypothecaria, &c.*

Vlterius, aqui ſe trata de executar vna hipoteca por la general obligacion, ſin que conſte auerſe hecho eſcuſion contra vn tercero, que dizen la poſſee; lo qual conforme a derecho no ſe admite: porque es neceſſario hazer eſcuſion de bienes del principal, y fiadores, Authent. fideiuſſores, §. ſi quis igitur, & §. ſed neque ad res, collat. 1. nouel. 4. Autn. hoc ſi debitor, C. de pignorib. Authent. præſenti C. de fideiuſſorib. l. 9. tit. 12. & l. 14. verſ. *E ſi por auentura*, tit. 13. part. 5. Roderic. Suarez, ad legem poſt rem iudicatam, in declaratione legis Regni, limitat. 1. num. 13. verſ. *Hodie*, Couarr variar. lib. 1. cap. 8. num. 6. Parlador. rerum quotidian. §. fin. 4. part. §. 7. nu 12. Gama, deciſ. 99. nu. 2. verſ. *Secundò requiritur*, Dom. Illdeph. Perez de Lara, de anniuerſ. lib. 1. cap. 8. num. 1. & ſeqq. His & alijs relatis proſequitur doctiſsimè more ſolito Dom. D. Ioſeph. Vela, diſſer. 20. num. 4.

Y no es de conſideracion lo que el Abogado contrario propone en el num. 32. de ſu alegacion in fin. citando à Couarr. lib. 2. var. cap. 18. nu. 2. verſ. *Quinto animaduertendo*, y a Rodriguez, de annuis redditib. lib. 1. cap. 9. num. 29 porque habla en diferente caſo que es el de la ley 2. C. de pignoribus, q̃ por ella ſe dize, que no puede el acreedor que tiene general y eſpecial juntamente, acudir a los bienes de la general, ſin hazer eſcuſion primero de la eſpecial hipoteca, porque dizen los dichos autores, que eſto procede reſpeto de otro acreedor que tiene hipoteca general: mas no reſpeto del tercero que no tiene hipoteca, vt patet ex verbis Domin. Couarruu. in dict. cap. 18 n. 2. verſ. *Quinto animaduertennum*, ibi: *Quinto animaduertendum eſt, dictam legem ſecundam admittendam eſſe, quoties prior creditor cum poſteriori, contendit ratione hypothe-*

potbe-

pothecæ, quasi secus sit, vbi prior creditor agit contra possessorem, & extraneum, & possessor vellit eũ excludere ab actione hypothecaria, quod non egerit prius ad rẽ specialiter sibi obligatã, quæ debiti satisfactioni erat sufficiẽs: nã in hac specie priori creditori nõ obstat possessoris extranei, qui creditor nõ est, nec ius pignoris habet, exceptionis obiectio. Y lo mismo dize Rodriguez, dict. q. 9. n. 29. y vienen a hablar en diferente escusion que la nuestra, conforme a los textos que quedã citados: porque es cierto que cõforme a la ley creditores, C. de distract. pignor. el acreedor puede elegir la hipoteca que quisiere estádo en poder de su deudor, y esta regla se limita por la dict. l. 2. C. de pignorib. quando concurren a cobrar el acreedor, que tiene general y especial juntamente, con el acreedor, que solo tiene general: porque entonces puede pretender el acreedor de la general, que haga escusion en la especial, que se presume suficiente para cobrar su deuda, y le dexa cobrar a el de la general. Y assi para escusar esta oposicion se suele poner en la escritura, *no derogando la general a la especial, ni al contrario*: vt tenet Vincentius de Franchis, decis 5. per totam, en cuyos terminos no puede oponer que acuda a la especial, y puede escoger la que quisiere, y aqui estamos en diferente caso y escusion, que es forçosamente necessaria quando se acude a la hipoteca general, que està en tercero, y donde no ay clausula de no enagenar, aunque sea especial: ex Authentic. hoc si debitor, C. de pignoribus. Authentic. præsenti. C. de fideiussorib & quę superius latè diximus. Y assi por ningun camino parece que se puede introduzir la via executiua contra estas tierras en este caso, ni la ordinaria se ha introduzido legitimamente, ni hecho en ella cosa alguna, con que es mas llana la pretensiõ desta parte.

Vltimamente se deue considerar, que la via executiua es odiosa, y contra las reglas ordinarias de derecho, y la ordinaria fauorable, l. minor 25. annis, ff. de minorib. Y assi en duda se ha de juzgar

contra la execucion: vt cõſtat ex latè traditis per Mieres, de maioratib. part. 1. quæſt. 52. num. 65. & ſequenti. in nouiſsima æditione. Y aſsi hallandoſe ofuſcada en qualquiera manera, no ſe puede executar, aunque ſea inſtrumento guarentigio: vt conſtat ex traditis per Baldum, l. 2. C. de exception. rei iudicatæ, Lancellotus, de attentatis, p. 2. cap. 12. de attentatis appellatione pendente, limitat. 9. nu. 7. Menoch. de recuperãd. poſſeſ. remed. 1. num. 225. & pluribus relatis Mieres, vbi proximè num. 76. & ſequentib. quod adeò procedit, vt ad ſuper ſedendum in executione ſufficiat qualis qualis fumus, tradit Farinacius in deciſ. nouiſ. 728 tom. 2. num. 6. ibi: *Tanto magis, quia ad effectum ſuper ſedendi in executione ſuffi it leuis fumus, cum præiudiciũ non ſit conſiderabile, nec perpetuum.* Et conſtat ex latè traditis per Dom Franciſc. Hieronym. de Leõ, deciſ. Valentin. 24. num. 20. & ſequẽti. Y aſsi por todos caminos parece juſta la pretenſion de doña Maria de Arteaga, y deuerſe juzgar conforme a ella. Salva digniſsima veſtra correctione, &c.